

论附保护第三人作用合同 ——兼谈我国民法典编纂中民事责任体系的构建

邱雪梅

(厦门大学 法学院,福建 厦门 361005)

【提 要】 随着现代市场经济的发展,西方各国合同法纷纷突破合同相对性原则。大陆法系的德国通过判例和学说创设了附保护第三人作用合同,并在司法实践中广泛适用该制度。于 2002 年的债法改革时将其予以法典化。根据该制度产生和发展的原因,比较它与其他合同相对性原则例外的异同,以及我国现行法中存在受害人第三人保护不足的问题,我国在民法典编纂过程中应借鉴新《德国民法典》的做法,采纳附保护第三人作用合同,并通过合理限制第三人的范围,从而完善我国民事责任体系。

【关 键 词】 合同相对性原则;附保护第三人作用合同;民事责任体系

【中图分类号】 D923 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1003-3637(2006)01-0147-06

“合同相对性”是合同法的基本原则。主要表现为:合同仅对缔约方产生效力,除合同当事人以外,任何人不得享有合同上的权利,也不承担合同上的责任。但随着现代市场经济的发展,突破合同相对性原则已成趋势。德国法官通过判例创设了附保护第三人作用合同(Der Vertrag mit schutzwirkung Dritte)用以保护合同外第三人。2002 年,新《德国民法典》正式承认了该制度。同时,部分欧洲大陆法系国家的判例也认为,涉及到违反合同典型义务时,合同的效力可扩张至第三人^[1]。美国在其统一商法典第 2-318 条则设置了利益第三人担保合同^[2]。面对两大法系都出现了合同效力向第三人扩张的趋势,我国法将如何应对?2005 年 1 月 1 日起实施的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》)第 26 条规定,实际施工人可以起诉与其没有合同关系的发包人。此规定与附保护第三人作用合同是否有异曲同工之妙?问题种种,殊值讨论。

一、附保护第三人作用合同的理论概述

(一)附保护第三人作用合同的定义

附保护第三人作用合同,是指特定合同一经成立,不但在当事人间发生权利义务关系,同时债务人对于与债权人具有特殊关系的第三人,也负有照顾、保护等义务。债务人违反此项义务时,就该特定范围之人所受的损害,也应依合同法的原则,负赔偿责任。但在近期一些判例中,法官援引附保护第三人作用合同,判决债务人对与债权人没有特殊关系的第三人,也应负损害赔偿责任^[3]。2002 年新《德国民法典》第 311 条第 3 款规定:“具有第 241 条第 2 款规定的义务的债务关系,也可以对不应成为合同当事人发生。”该条承认了附保护第三人作用合同,但并未对“第三人”做完整而清晰的界定^[4]。因此,只有考察附保护第三人作用合同的历史发展,将适用该制度的判例类型化,方能更好地把握其内涵和外延。

(二)附保护第三人作用合同的起源

附保护第三人作用合同为判例所创。德国帝国法院最初援引《德国民法典》第 328 条为第三人利益合同条款作为第三人请求权的基础,认为在一定情况下,债务人对第三人依合同承担损害赔偿之责。就帝国法院早期的判例来说,出租人请人维修房屋,若承租人的亲属、仆人等,因工人的过失遭致人身损害,或者因出租人的房屋瑕疵,造成承租人的亲属人身损害,得主张合同上的损害赔偿请求权。更进一步,在旅客运送合同中,它承认非缔结合同的乘客因人身损害可主张上述权利。帝国法院此举虽有利于保护受害第三人,但遭到拉伦茨教授的批评。他认为第三人利益合同是以给付义务为内容,第三人对债务人有给付请求权。而在帝国法院的几个判例中,债务人仅对特定范围的第三人负有一定的注意及保护义务,第三人除了在债务人违反此项义务时可依据合同原则请求赔偿外,并无合同上的给付请求权。因此,应当将该制度与为第三人利益合同加以区分,称之为“附保护第三人作用的合同”。二战之后,德国联邦最高法院采纳了拉伦茨教授的观点,正式启用附保护第三人作用合同概念,进而将其固定为合同法上的一个重要制度,广泛适用于租赁合同、运输合同和雇佣合同等领域^[5]。

(三)附保护第三人作用合同的发展

值得注意的是,德国联邦最高法院原先只承认附保护第三人作用合同适用于人身损害,但自 20 世纪 60 年代中叶以后,则逐渐扩展到财产法益。1965 年德国联邦最高法院民事第六庭于著名的遗嘱案件中,首次将该制度的适用范围扩及于纯经济损失。该案的事实是:遗嘱人计划指定其女儿 A 为惟一继承人,只遗赠与 B 即其孙女一小块土地及一千马克现金。遗嘱人向其律师咨询,并拟订立公证遗嘱。后因律师未能及时安排公证人与之见面,结果他于该期间病危去世,最终没能订立遗嘱。因 A 并非惟一继承人,根据法律规定,应与 B 共同继承遗产各二分之一。A 起诉请求律师赔偿其经济损

失,即本可获得的遗产。法院认为,律师明知对遗嘱人与A而言,及时履行委托合同非常重要,却怠于履行义务造成A经济损失。若A不能获得法律救济,则有违公平之理。因此,A得主张附保护第三人作用合同为请求权基础。德国联邦最高法院为附保护第三人作用合同适用于纯经济损失的救济开了先河,便一发不可收拾。目前主要适用于遗嘱案件和过失不实陈述情形^[7]。

(四) 附保护第三人作用合同的特征

随着判例法的不断发展,附保护第三人作用合同的适用范围不断扩展,其不同类型的判例中呈现不同的特征。

1. 人身损害类。帝国法院和联邦最高法院先后都肯认在雇佣合同、租赁合同、运输合同、医疗合同和承揽合同等典型合同中,因一方合同当事人的过错,遭致人身损害且与另一方合同当事人有特殊关系的第三人得主张合同上的损害赔偿请求权。具体而言:首先,第三人遭受了人身损害;其次,第三人承担有如合同当事人相同范围或方式的加害给付的风险;最后,第三人与合同当事人具有特殊的关系,一般指在人格法上的特定关系,例如亲属和雇佣关系。

2. 纯经济损失类。其主要特征是:第一,第三人遭受了纯经济损失;第二,主合同意欲保护第三人;第三,不再强调第三人与合同当事人是否有特殊关系,而是注重第三人是否如同合同一方当事人信赖另一方当事人^[8]。

(五) 附保护第三人作用合同的法理基础

新《德国民法典》第311条第3款承认了附保护第三人作用合同,该制度已具有实定法的基础。但讨论出现过的主要学说,对理解该制度仍具有重要意义。

第一,补充性合同解释说。该学说依据德国民法第133条、第157条、第328条第2款,以合同解释或补充性合同解释为各种合同中的第三人保护提出论据,也即单独以合同、事实或假设当事人意思作为扩大保护义务的依据。此说的缺点在于,当合同无效或不成立时,则无法自圆其说;第二,信赖原则说。在特别的前提要件下,信赖保护原则(Der Grundsatz des Vertrauensschutzes)能建构出法定之债的关系。因此,有学者透过信赖保护原则,提出附保护第三人作用合同的法理基础在于一个合同之债的关系所伴随的法定保护义务关系。持反对意见者认为,信赖保护以参与法律行为交易为前提,而在附保护第三人作用合同的判例中,有第三人只是进入他人的住处拜访或伴随他人购物的情形,这种情形并不具备信赖保护的要件;第三,宪法上的社会国原则说。该学说认为,社会国原则格外地要求有利于个别团体的特别照顾与救助地位,这是从他人债的关系给予第三人特别待遇的正当化基础。附保护第三人作用合同所涉及的事实,往往与社会国原则的具体案例重叠,例如:承租人、家庭成员等。从宪法的规定实现,将社会国原则作为法理基础,似乎是一种强有力的说法,但其毕竟是从公法的角度,解释私法上的制度有失妥当;第四,诚实信用原则的法续造说。该说认为,附保护第三人作用合同是以德国民法第242条诚实信用原则(Das Prinzip von treu und Glauben)为根据的债之关系的扩张。换言之,根据诚实信用原则的要求,在合同的各个阶段,债务人负有一定的附随义务,

其中包含保护和照顾义务。债务人违反保护义务,不仅会给债权人造成人身或财产损害,而且可能会及于与债权人有特殊关系的第三人或如同债权人一样信赖债务人的第三人。因此,债务人违反保护义务,导致第三人遭到损害,应负损害赔偿之责。这一学说应是最强有力的学说,并得到实体法的支持。根据官方解释,新《德国民法典》第311条第3款规定,民法第241条第2款规定的义务,也可以对不应成为合同当事人发生。其中第241条第2款规定的义务正是由诚实信用原则推导出的保护义务^[9]。

(六) 附保护第三人作用合同的构成要件

附保护第三人作用合同的构成要件则是另一较具争议性的问题,德国学界与实务界看法不同。依学界多数说的见解,附保护第三人作用合同应满足三项要件:第一,第三人对于债务人的给付行为具有利害关系(Leistungsnähe);第二,债权人对第三人的保护具有利益,即债权人对于第三人的福祸(für ihr Wohl und Wohthe)负有责任;第三,债务人必须同时对前述两种情况得以预见^[10]。在司法实践中,法院于审理人身损害类的案件时与学界基本达成共识。当涉及纯经济损失情形时,20世纪70年代后期开始,法院逐渐认为债权人不必与第三人具有属人法上的关系,对于第三人的福祸不必负有责任,且债务人也不必知悉第三人的确切数目。虽然第三人的范围仍必须为客观上可得确定,但更重要的是,在何种情况下,考量客观利益,足以认定债务人对第三人负有保护义务^[11]。

附保护第三人作用合同的构成要件既是其理论的核心,又是其理论的难题。因为它是控制“第三人”范围的根本手段。如果构成要件过于宽松,那么可能造成责任不当扩大;反之,倘若构成要件过于严苛,该制度又发挥不了很大的作用。其实,实际上学界与实务界的矛盾焦点在于,涉及纯经济损失情形时,是否采用“福祸”要件控制第三人的范围。德国立法者显然未对此难题给予完美的解答。根据新《德国民法典》第311条第3款,法定的要件仅为:债务人应违反第241条第2款规定的保护义务。

二、附保护第三人作用合同产生和发展的原因

德国学者冯·巴尔曾指出,附保护第三人作用合同只有在三个前提条件下才能实现:第一,必须有允许合同相对性原理存在例外的合同法;第二,在一国法律中,对他人身和财产的保护并非为侵权法独有的领地,否则在第三人与当事人没有合同关系的情况下,他不可能得到合同的保护;第三,必须是侵权法存在缺陷,第三人依据侵权法不能得到救济,才可能求助于合同法^[12]。考察德国民法,我们将发现:

(一) 侵权行为法存在缺陷

1. 侵权行为法雇主责任的规定不足是附保护第三人作用合同产生的直接原因。《德国民法典》第831条规定,在雇员行使职务行为致他人损害的案件类型中,雇主可以通过证明其对雇员的选任监督已尽相当注意而免责或通过证明即使已尽相当注意仍不足防止损害发生而免责。在司法实践中,关于此项免责,向来从宽认定。反之,根据《德国民法典》第278条规定,若受害人对雇主主张合同法上的损害赔偿赔偿责任,则雇主不得以证明自己尽了选任监督的义务而免责。因此,为了

保护受害第三人,法院只能通过扩张解释为第三人利益条款赋予第三人合同上的损害赔偿权,从而引发了附保护第三人作用合同的诞生。1914年帝国法院审理的著名修道院案件堪称佳例。该案的事实是:一名修女因病需要聘请医生前往其所在修道院出诊,不料途中因修道院雇工的过失,驾驶雪橇不当造成医生身体受到伤害。依其他国家的法律,受害医生无疑可对修道院主张侵权损害赔偿。但在德国,因民法第831条雇佣人免责规定,修道院可依此主张免责。为保护受害人,帝国法院不得不从合同法入手,确认医生和修道院的运送合同是为第三人利益合同,受害医生据此合同得向修道院主张损害赔偿^[13]。

2.《德国民法典》采用递进列举的立法模式。这种立法模式的缺陷在于将调整对象限制在较小的范围之内,难以适应社会关系的不断发展。就纯经济损失而言,因《德国民法典》没有规定过失纯经济损失赔偿的一般性条款,1900年法典施行后不久,帝国法院立即发现,刻意排除保护因过失所造成纯经济损失的结果,有害于经济生活的发展。法院只得对第823条第1款规定的“所有权”、“其他权利”以及第826条规定的“故意”进行扩大解释,以扩张侵权责任。但此举仍无法较好的解决问题。例如,上述遗嘱案件中,律师的过失不作为致A遭受了损害。但由于A的损害,非其财产、健康、自由、所有权或其他权利受侵害所致,律师也无违反保护他人法律以及违背善良风俗侵害他人权利的事实,故A不能主张以民法第823条和第826条作为其请求权基础。为了保护A的权益,法院借助了附保护第三人作用的合同。首先,A与律师的债务履行关系重大,律师的债务不履行将直接造成A的损害;其次,A与债权人是父女关系,依德国民法第1626条,债权人对原告享有亲权照顾权,因而债权人对A享有保护其的特殊关系;最后,律师明知债权人与A是父女关系,且依社会一般见解,他应当知道其不履行债务不会给A带来利益。所以,符合附保护第三人作用合同的构成要件。可以说,《德国民法典》存在结构性缺陷是附保护第三人作用合同发展的根本原因^[14]。

(二) 合同法具有较大弹性

首先,德国合同法一开始便不受严格的合同相对性的约束。19世纪中期,德国法学家萨维尼和温德夏提出意思理论,认为权利为个人意思所能自由活动,或个人意思所能任意支配的范围,深刻影响了德国法学思想^[15]。因此,德国合同虽然也尊重合同相对性原则,认为合同的缔结仅有使合同当事人享有权利和负担义务,至于第三人,除非合同当事人获得第三人的同意,否则无法赋予第三人权利或课以义务。但是,当事人有意使第三人享有权利时,基于当事人意思自治,自无不可,从而突破了合同相对性原则,承认了为第三人利益合同的存在。所以,早期帝国法院能够适用为第三人利益合同作为受害第三人的请求权基础;其次,德国合同法富有弹性,除了不受严格的合同相对性原则拘束之外,另一重要因素,在于将债之关系视为一种有机体,随着当事人的接触、磋商而开始发展,建立起彼此之间的信赖关系,并依诚实信用原则产生若干保护、诚实、通知、说明等义务。因此,所谓债之关系上的义

务,除了给付义务外,还包括基于诚实信用原则的附随义务。附随义务的种类很多,依照功能可分为两种:一是诚实义务,目的在于促进实现主给付义务,使债权人的给付利益获得最大满足;二是保护义务,以维护他方当事人的人身或财产利益^[16]。债之关系既为一种发展过程,附随义务于合同各个阶段均可能发生。因此,当侵权行为法暴露出不完备的缺陷时,判例和学说能够借助合同法上的附随义务,将保护义务的适用范围扩张至第三人,从而通过合同责任以保护受害第三人。

当然,附保护第三人作用合同的产生和发展,除了上述法律制度的原因之外,还有深刻的社会原因。简言之,现代市场经济的发展是合同效力扩张的经济动因,消费者运动的高涨则是合同效力扩张的政策动因^[17]。

三、附保护第三人作用合同与相关制度的异同

现今各国纷纷突破合同相对性原则,判例和学说创设了不少例外,大致可分为两类:第一类,以给付为内容的例外。主要有为第三人利益合同和由第三人负担合同,其根本特性在于给付内容可扩张至第三人;第二类,不以给付为内容的例外。这些例外保护给付外的其他利益,尤其是人身、纯经济损失等利益。附保护第三人作用合同即属此类。

(一) 与以给付为内容的合同相对性例外的比较

为第三人利益合同是指第三人可依合同而取得对债务人的直接请求权的合同^[18]。前文已述,帝国法院曾援引为第三人利益合同处理附保护第三人作用合同纠纷,但正如拉伦茨教授指出,附保护第三人作用合同和为第三人利益合同是不同的。具体而言:第一,法律效果不同。前者的第三人,取得合同法上的损害赔偿请求权。后者的第三人,则取得合同上的直接给付请求权;第二,第三人的范围不同。前者的第三人,因法律没有明确规定,由法院在个案中做出确定。后者的第三人仅由双方当事人约定向其给付即可;第三,合同无效、撤销或解除时,第三人所受的影响不同。前者非以主要当事人间合同的有效性为必要。当事人间合同无效、撤销甚至予以解除,对第三人的损害赔偿请求权,并无影响。为第三人利益合同,当合同无效时,债务人可以该合同无效对抗第三人;当事人撤销合同时,一方行使撤销权,无须第三人同意;当事人行使解除权时,须区分法定解除与约定解除。法定解除中又可区分债务人解除与要约人解除合同。债务人解除合同时,无须得到第三人同意;要约人行使解除权时,第三人已表示享受其利益的意思后,应得到第三人同意。行使约定解除时,不应该合同附有第三人约款而受限制;第四,债务人对第三人义务的基础不同。在附保护第三人作用合同中,第三人与债务人之间是一种以诚实信用为基础、以保护义务为内容的法定债之关系。而为第三人利益合同中,债务人向第三人的给付义务基于债务人与债权人之间的约定,债务人的给付义务是一种约定义务。

(二) 与以给付外的合同相对性的例外的比较

1. 瑕疵商品和建筑物的直接诉权。当消费者因商品瑕疵遭受损害,应向谁行使瑕疵担保请求权?根据合同相对性原则,消费者只能向自己的直接卖主提出请求,该直接卖主承担了瑕疵担保责任之后,再向其上一级卖主提出请求,如此层层

追究最后到达商品制造者。法国法院为了强化对消费者的保护,在产品和建筑物有瑕疵的情况下,创设了直接诉权制度。根据该制度,遭受损害的最终买方享有一种选择权,可以在自己的直接卖主、中间卖主及制造商之间,任意择其一,依《法国民法典》第1645条追究瑕疵担保责任^[19]。

显然,附保护第三人作用合同和直接诉权都着眼于保护给付利益之外的其他利益。然而,两者仍有较大差别。首先,第三人的范围不同。在直接诉权中,第三人的范围极广,只要是合法持有商品者即可。而附保护第三人作用合同的第三人实际由法院在个案中予以确定;其次,责任的严格程度不同。直接诉权是一种非常严格的责任方式,卖方以产品瑕疵的产生是由不可抗力作为抗辩都不行,除非是原告自己的过错方可免责。附保护第三人作用合同,第三人提起合同上的损害赔偿请求权,债务人承担合同上的损害赔偿赔偿责任。因此,债务人可就合同所生的一切抗辩对抗第三人;再次,给予第三人的救济不同。在直接诉权中,第三人不仅享有提起损害赔偿请求权,还可以对并非自己所订立合同的对方当事人主张解除合同。而附保护第三人作用合同,第三人只享有提起损害赔偿请求权;最后,时效不同。直接诉权的行使期限较短,在实践中一般是6个月到1年;而在建筑物有瑕疵时,诉讼时效是10年;附保护第三人作用合同的请求权时效,根据新德国民法的时效规定一般为3年。

2. 利益第三人担保合同。1962年美国统一商法典第2-318条创设了利益第三人明示或默示担保合同。后于1966年此该条做了修改,共计三个方案,各州得选择其一。就该制度的内容而言,第三人享有的是合同当事人所承担瑕疵担保义务。其主要目的在于,使特定范围的第三人取得与买受人一样的担保利益,能直接向出卖人请求损害赔偿。它与附保护第三人作用合同确有共同之处,但仍有差别。第一,适用的范围不同。前者一般只适用于买卖合同之中,而后者还适用于租赁、运送、医疗和雇佣合同等典型合同之中;第二,第三人的范围不同。利益第三人担保合同的第三人,一般包括买受人家族、共同居住者、家中客人及其他可合理期待使用、消费或受商品影响之人。附保护第三人合同在涉及人身损害时,一般第三人应与债权人具有人格法上的关系,而涉及纯经济损失时,则强调第三人与债权人的信赖关系。

3. 实际施工人的直接诉权。为了解决我国建筑业民工讨薪难题,保护民工的合法权益,2005年1月1日起施行的《解释》第26条第2款规定,实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人,发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。可以说,该司法解释因应现实的需要,赋予实际施工人具有向没有合同关系的发包人的直接诉权,显示了最高人民法院在司法过程中的创造性。此举与德国法院创设附保护第三人作用合同有异曲同工之处,均是法院创设的合同相对性的例外,将合同的效力扩张至第三人。但两者又存在重大不同。首先,责任内容不同。实际施工人的直接诉权的责任内容是报酬给付请求权,而附保护第三人作用合同的责任内容是损害赔偿请求权;其次,第三人内涵不同。实际施工人其实已经

全面履行了发包人与承包人之间的合同,与他们形成了事实上的权利义务关系。但附保护第三人作用合同的第三人,则是与合同没有关系的第三人。

四、附保护第三人作用合同在我国法上的价值

德国判例和学说所创设的附保护第三人作用合同,通过强调合同法上的诚实信用原则,把债务人的附随义务扩张至合同当事人之外的第三人,保护了在传统民事责任体系下难以获得保护的受害第三人的利益,无疑是判例和学说促进法律进步的一项重大成就。我国现行民事法律在价值判断上则对扩张合同保护效力至第三人之举持否定态度。而在学界,可谓仁者见仁,智者见智,赞同者有之,反对者亦有之^[20]。笔者对附保护第三人作用合同的价值持肯定观点,不仅因为受害第三人利益的保护问题日益突出,而且因为采用合同的方式解决这个问题更具有制度上的优势。

(一) 现行民事责任体系下受害第三人保护问题

我国继承了罗马法的传统,民事责任体系建立在合同责任和侵权责任的基础之上,并确立了合同相对性原则。因此,受害第三人主要通过侵权责任获得民事法律救济。随着我国市场经济的纵深发展,交易逐渐呈现连续性与相关性特征。不仅合同当事人通过合同设定权利义务关系,而且特定的第三人也因合同而与缔约当事人发生事实上的接触。在这种社会背景下,只赋予受害第三人单一的法律救济方式将产生如下问题。

首先,因同一行为受到损害的合同当事人与第三人,两者却获得不一样的法律救济。现以我国审判实践中一房屋租赁合同纠纷为例。该案事实是:原告李轩与被告铁达公司签订房屋租赁合同。其中合同约定出租人铁达公司应负责生活用水的消毒、过滤,并保证生活用水的卫生条件符合国家的生活用水的饮用标准。在合同存续期间,因铁达公司对生活用水未进行必要消毒,造成原告及其共同居住的妻子王亚芳饮用不洁之水引发中毒,人身受到了损害。依《合同法》第122条规定,原告可以在违约责任和侵权责任之间进行选择,其损害将获得圆满的救济当无疑问。但对于其妻而言,却处于不利地位,因为她是合同当事人之外的第三人,其获取的途径只能是请求被告承担侵权责任。另一方面,违约责任和侵权责任的举证责任是不同的。违约责任是严格责任,原告只要提出有损害事实即可,其他举证责任由被告承担。而侵权责任实行的是过错原则。“谁主张,谁举证”,王亚芳可能因举证责任的困难而难以获得救济。此外,依《民法通则》的规定,因身体受到伤害而产生的损害赔偿请求权,其诉讼时效一般为一年,而因违约产生的损害赔偿请求权,诉讼时效一般为两年。在本案中,对于王亚芳来说,她与其丈夫遭受同样行为的损害,但却不能获得同样的救济,实有违公平正义。而在买卖合同、运送合同和承揽合同等典型合同中,都有可能出现与上述判例相同的情形:与债权人有特殊关系的第三人,与债权人承受同样的风险,但最后不能获得相同的法律救济。

其次,因同一行为受到损害的合同当事人和第三人,合同当事人能获得救济,受害第三人却不能获得救济。这主要发生在纯经济损失领域。我国民法有关侵权责任的规定集中体

现在《民法通则》之中。该法第 106 条第 2 款、第 3 款明确规定了一般过错侵权责任,并且未区分各种损害的概念,只是笼统地规定了侵犯他人人身、财产的,应当承担民事责任。此处的“财产”,似可解释为包含受害人的纯经济损失。但在审判实践中,对当事人遭受的纯经济损失一般不被算作侵权之诉的损失,进而被害人不能获得赔偿,而在违约之诉中,纯经济损失是可以获得赔偿的。例如,甲计划出资收购某公司的股份,委托注册会计师乙对该公司进行审计。乙出具了财务审计报告。甲信赖了该报告,并推荐其商业伙伴丙和丁一块出资收购某公司,同时乙也知道其报告转交给了丙和丁。交易完成之后,因审计报告有重大错误致甲、丙和丁遭受巨大经济损失。但结果是,甲可通过向乙提起违约之诉,获得损害赔偿,而丙和丁却没有任何法律救济的途径。

(二) 采用附保护第三人作用合同具有制度上的优势

我国民事责任体系对受害当事人保护不周的问题应如何解决?对附保护第三人作用合同持否定意见者,提出可通过完善侵权行为法来保护第三人的利益,而不需要扩张合同责任来实现对受害人的保护。但这仍是赋予受害当事人单一救济方式的思路,即使将我国侵权行为法的保护范围扩大到纯经济损失范围,依然难以解决遭受同一行为损害的第三人和合同当事人却获得不同的法律救济的问题。其实,问题的原点在在于与合同有关系的受害第三人该如何保护?因此,我们立足于改革合同法,肯定合同对第三人的保护效力,才是解决该问题的良策。同时,现行《合同法》为附保护第三人作用合同提供了生存的土壤。

首先,《合同法》第 6 条规定了诚实信用原则,这为采纳附保护第三人作用合同提供了法理依据。同时,《合同法》也明确了各个阶段发生的附随义务。《合同法》第 42 条、43 条确认了缔约阶段的附随义务,第 60 条规定了合同履行过程中的附随义务,第 92 条规定了后合同义务。这为附随义务之一的保护义务扩张到第三人奠定了基础;其次,《合同法》在一定程度上也突破了合同相对性原则。虽然合同法总则缺乏承认效力涉及第三人的一般规则,但在合同法分则和一些单行法规中,仍有一些承认效力涉及第三人的规定。例如,《合同法》第 272 条第 2 款关于建设工程合同部分规定:“第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。”发包人对第三人享有直接给付请求权和损害赔偿请求权。此外,我国合同法还规定了缔约过失责任(第 42、43 条),扩大了合同责任的主观范围。因此,附保护第三人作用合同对合同责任的扩张与我国已经建立的合同责任并无体系上的冲突。

从以上分析来看,为使受害第三人获得更充分的救济,并根据我国现行合同法的相关规定,附保护第三人作用合同在我国法上有存在的价值。但与德国法相比,我国的合同责任保护与侵权责任保护侧重点各有不同,并不存在德国法上两者强弱悬殊较大。对受害第三人而言,只有在具体情形下才能决定适用合同责任还是适用侵权责任,何者更为有利。因此,我们应当允许两种请求权的竞合,赋予第三人选择权,既保留侵权责任适用的余地,又给予适用合同责任的机会。另

一方面,附保护第三人作用合同的难题在于如何控制“第三人”的范围。我国亟待解决的是与合同有关系的受害第三人保护不足之问题,所以在构成要件上应强调第三人与债权人的关系。在人身损害类情形中,第三人与债权人应具有人格法上的关系;在纯经济损失情形中,第三人与债权人应具有信赖关系,并以债权人是否知道第三人存在为判断标准。

五、我国民法典编纂中民事责任体系的构建

当前,民法典的制定已经提到立法议程。民法典的编体例一直是学者所关注的头等问题,尤其是民事责任体系,究竟是单独设民事责任篇,还是保持源自《德国民法典》的民事责任体系,实是民法典制定进程中的一大考量。拙见以为,不妨以附保护第三人作用合同为视角,反思民法典中民事责任体系的构建。

(一) 对旧《德国民法典》民事责任体系的影响

1. 对合同责任的影响

传统债法理论认为,债是在两个或两个特定人之间建立的一种法律关系,受约束做出履行的一方当事人被称为债务人,而另一方当事人称为债权人。在合同之债中,债务人若未依债之本旨履行其债务,按其情形,就其债务不履行负赔偿责任,称之为合同责任。如果以 1900 年的《德国民法典》为依归,就合同责任的客观范围而言,债务不履行指给付不能、给付迟延和不良给付;就合同责任的主观范围而言,只能是合同当事人。附保护第三人作用合同的出现,无论是在客观范围,还是在主观范围,对旧法典规定的合同责任形成了冲击。

首先,就客观范围而言,附保护第三人作用合同中的债务不履行,不是指债务人违反给付义务,而是指其违反了保护义务。保护义务一旦介入合同责任,那么合同责任的客观范围将不再是一元的违反给付义务责任,而是二元的违反给付义务和保护义务责任;其次,从主观范围来看,附保护第三人作用合同突破了合同相对性,使合同责任的主观范围扩至第三人。无论是否严格控制第三人的范围,第三人永远是第三人,不可能被解释为合同的当事人。一言以蔽之,附保护第三人作用合同对合同责任进行了全面扩张。

2. 对合同责任和侵权责任界限的影响

自罗马法始,民事责任体系就是以合同责任两大制度为基础建立起来的。合同责任与侵权责任的构成要件、归责原则、责任形式和法律效果不同,二者之间有着严格的区别。但是,附保护第三人作用合同的产生和发展,则模糊了这两者之间的界限。其一,附保护第三人作用合同中,债务人对第三人的义务并非他们之间约定的义务,而是法律加以规定的保护义务。义务的法定性及约定性一直是合同责任和侵权责任最大的区别。如 Winfield 曾指出,对合同和侵权做出区别是因为在侵权中义务主要由法律加以规定,而在合同中义务则是由当事人自己加以确定^[21]。而附保护第三人作用合同中,债务人违反法定的保护义务,承担的是合同上的损害赔偿。如此的逻辑推论必然是,义务的法定性也是合同责任的特征之一。这将动摇合同责任和侵权责任最大的区别;其二,合同相对性原则是区分合同责任和侵权责任的另一重要依据。根据该原则,合同责任只存在于合同当事人之间,侵权责任才涉

及第三人。但在附保护第三人作用合同中,责任存在于债务人与合同外的第三人之间,打破了合同责任与侵权责任在主观范围的边界。

(二)新《德国民法典》中民事责任体系的修正

面对附保护第三人作用合同以及其他判例和学说发展起来的制度(如缔约上过失和积极侵害债权),对传统民事责任体系的冲击,德国学者和立法者做出了回应。

就学界来说,大致有四种意见:第一,改革侵权行为法;第二,修正合同法;第三,在侵权行为法和合同法之间寻找“第三条道路”;第四,建立新的责任种类^[22]。就新《德国民法典》而言,立法者采纳了第二种意见,着眼改革合同法,对合同责任进行了重构。主要体现在:一是通过将附随义务予以法定化(第241条第2款)和引入“违反义务”(第280条1款)扩张了合同责任的客观范围,承认了违反法定附随义务的责任;二是突破了合同相对性原则,肯定附保护第三人作用合同和缔约上的过失第三人责任(第311条第3款),扩张了合同责任的主观范围,承认了合同责任可扩至第三人。至此,新《德国民法典》对传统民事责任体系进行了修正,不仅扩大了合同责任,而且承认在一定情形下合同责任和侵权责任之间可以流动。

(三)我国民法典中民事责任体系的立法展望

新《德国民法典》中民事责任体系的修正,代表了一种强调诚实信用原则,从客观范围和主观范围扩大合同责任的立法方式。这一方式保持了德国民法典创设的债法体例,只是在一定程度上突破合同相对性原则,规定若干合同相对性原则的例外,并不对传统的民事责任体系做根本的变革。他山之石,可以攻玉,新德国民法典所构建的民事责任体系,为我国未来修法提供了一种方向和蓝图。

第一,继承德国民法典的债法体例,不单独设立民事责任篇,保留传统民事责任体系的基本框架。

第二,就当事人间保护义务和合同相对性原则例外设明文规定。

注 释:

RGZ91,24.

RGZ87,64.

第一个方案规定:“出卖人对明示或默示担保及于买受人家族、共同居住者、其家中之客人,若合理期待此等自然人会使用、消费或商品之影响,而人身因担保义务之违反而遭受损害,出卖人不得排除或限制本条之适用。”第二个方案规定:“出卖人明示或默示担保及于任何可期待使用、消费或受商品之影响,而人身因担保义务之违反而遭受损害之自然人,出卖人不得排除或限制本条之适用。”第三个方案规定:“出卖人明示或默示担保及于任何可期待使用、消费或受商品之影响,而人身因担保义务之违反遭受损害之人,出卖人就关于担保责任所及特别人之损害,不得排除或限制本条之适用。”

案例来自马强:《债权法新问题与判解研究》,人民法院出版社2005年版,第208页。

参考文献:

- [1]冯·巴尔著、张新宝译.欧洲比较侵权行为法[M].北京:法律出版社,2003.584~587.
- [2]王泽鉴.契约关系对第三人之保护效力[A].王泽鉴.民法学说与判例研究:第2册[C].北京:中国政法大学出版社,1998.34.
- [3]王文钦.德国法上“附保护第三人作用之契约”制度的新发展[J].中外法学,1994,(2):32.
- [4]Stephen Lorenz & Thomas Riem, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, [M], C. H. Beck 2002, S. 191 ff, n. 376.
- [5]刘春堂.契约对第三人之保护效力[J].辅仁法学,1985,4:24~25.
- [6]Markesinis & Lorenz & Dannemann, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, [M]. England: Clarendon Press Oxford, 1997. 284~285.
- [7]邱琦.纯粹经济上损失之研究[D].台湾:台湾大学法律学研究所,2002.68~73.
- [8]Micheael Coester & Basil Markesinis, *Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology*, [J]. American Journal of Comparative Law, Spring, 2003. 45~47.
- [9]吴俊贤.附保护第三人作用契约之研究[D].台湾:辅仁大学法律学研究所,2004.75~81.
- [10]梅迪库斯.德国债法总论[M].北京:法律出版社,2004.345.
- [11]许德风.对第三人具有保护效力的合同与信赖责任——以咨询责任为中心[A].易继明.私法[C].北京:北京大学出版社,2004.(4):286~288.
- [12]冯·巴尔、张新宝译.欧洲比较侵权行为法[M].北京:法律出版社,2003.583~585.
- [13]李昊.纯经济上损失赔偿制度研究[M].北京:北京大学出版社,2004.5~8.
- [14]薛文成.论合同相对性原则的变化对债法内部结构的影响[D].北京:清华大学2001年,64~65.
- [15]王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2001.83.
- [16]詹文馨.合同法上之附随义务——以德国法契约责任之扩大为中心[D].台湾:台湾大学法律学研究所,1990.4~5.
- [17]Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition* [M]. Oxford University Press, 1999. 11.
- [18]叶金强.第三人利益合同研究[J].比较法研究.2001,(4).69.
- [19]张素华.债与责任[D].武汉:武汉大学法学院,2004.49~50.
- [20]罗远西.论契约对第三人的保护效力[D].重庆:西南政法大学,2002.24~25.
- [21]马燕.对合同责任和侵权责任竞合的再思考[D].北京:中国人民大学,2004.27.
- [22]Canaris, „Die Reichweite der Expertenhaftung gegen über Dritten”, [J]. ZHR 163, 1999. 206~232.

责任编辑:汉河;校对:竹君